

CAPITOLO I

IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO DOPO IL D.LGS. 81/2015

Cristina Alessi

SOMMARIO: 1. Dal sistema causale al sistema numerico. – 2. I limiti all'apposizione del termine dopo il *Jobs Act*. – 2.1. La percentuale di contingentamento. – 2.2. I limiti di durata e la nuova disciplina della proroga. – 2.3. Altre disposizioni. – 3. Le novità in materia di sanzioni. – 4. La conformità alla direttiva 99/70/CE.

1. Dal sistema causale al sistema numerico

La disciplina del contratto a termine è stata oggetto, negli ultimi anni, di un vero e proprio accanimento regolativo, che ne ha fatto l'emblema dei modelli di regolazione della flessibilità che si sono succeduti nel nostro ordinamento. A partire dal 2001, anno della prima grande riforma strutturale introdotta con il d.lgs. 368/2001, si contano almeno 15 interventi di modifica, alcuni di carattere più specifico e altri incidenti sullo stesso modello di ricorso alla flessibilità tipico del nostro sistema giuridico. La ragione di una simile attenzione risiede nel fatto che alla disciplina del contratto a tempo determinato si attribuiscono funzioni importanti di incremento dell'occupazione e di risposta alle esigenze di flessibilità avanzate dalle imprese, da un lato, e funzioni di argine contro gli abusi nell'utilizzo di una tipologia contrattuale destinata a incidere sensibilmente sulle aspettative dei lavoratori alla stabilità del rapporto di lavoro, dall'altro. Non a caso, le maggiori tensioni regolative si sono avute nell'individuazione del punto di equilibrio tra le suddette esigenze e nella scelta tra le tecniche di controllo del ricorso alla flessibilità da parte del datore di lavoro.

La sensazione che si ha, leggendo l'ultima versione dell'ormai abrogato d.lgs. 368/2001 e cercando di mettere in ordine le diverse modifiche e integrazioni succedutesi nel corso del tempo, è che da qualche anno, complice anche la crisi economica, l'asse della regolazione si sia spostata, prima con maggiore cautela poi con forza inusita-

ta, nella direzione della valorizzazione degli interessi dell'impresa¹. A quest'ultima categoria appartengono le riforme degli ultimissimi anni, a partire dalla l. 92/2012 fino all'approvazione del d.lgs. 81/2015. La "Riforma Fornero", in particolare, ha aperto una prima breccia nel sistema, consentendo la stipulazione del primo contratto a termine con un lavoratore senza necessità di dimostrare la sussistenza di ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive², sulla scorta di una ormai monolitica giurisprudenza della Corte di giustizia UE (v. *infra*). A questa prima apertura hanno fatto seguito, nella stessa rapida successione con la quale si sono avvicendati i Governi corrispondenti, il d.l. 76/2013³ (c.d. "Decreto Letta"), che ha esteso l'acausalità alle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva e il d.l. 34/2014 ("Decreto Poletti"), attualmente riprodotto (con alcune importanti modifiche) nel d.lgs. 81/2015, ormai una sorta di Testo unico delle tipologie contrattuali atipiche.

La modifica più importante introdotta dal d.l. 34/2014 ed oggi consacrata nell'art. 19 d.lgs. 81/2015, letto in connessione con l'art. 23 d.lgs. 81/2015, è quella relativa all'apposizione del termine al contratto di lavoro. Si tratta di un vero e proprio mutamento del paradigma regolativo del contratto a tempo determinato, dal momento che la sua stipulazione non è più soggetta alla presenza (e alla dimostrazione da parte del datore di lavoro) di esigenze oggettive, bensì solo alla verifica del rispetto di

¹ Sull'evoluzione della disciplina del lavoro a termine, L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine*, Torino, 2012, spec. pag. 43 e segg.; P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Napoli, 2013, pag. 15 e segg.

² Sulle modifiche introdotte dalla l. 92/2012, R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano, 2013; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 2012, 153.

³ Sul d.l. 76/2013, A. SARTORI, *Il decreto "lavoro" del Governo Letta (ovvero come rilanciare l'occupazione con poche risorse, ma tanti buoni propositi)*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, III, pag. 201 e segg.; C. ALESSI, *Le modifiche in tema di lavoro a termine nel "decreto lavoro": alcune osservazioni in tema di "acausalità" e proroga del contratto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 2013, 188; D. COSTA, M. GIOVANNONE, *Il lavoro a termine riformato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Modena, 2013, pag. 175 e segg.; L. FIORILLO, *Le nuove regole in materia di contratto a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato e lavoro a tempo parziale: un contributo per un uso corretto della flessibilità in entrata*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, pag. 31 e segg.

della quota di contingentamento prevista dall'art. 23 d.lgs. 81/2015 e della durata massima stabilita dallo stesso art. 19 del medesimo decreto⁴. I limiti numerici, come si è argomentato in altra sede⁵, costituiscono oggi l'equivalente funzionale delle ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive di cui all'art. 1 d.lgs. 368/2001, dal momento che dal loro rispetto dipende la legittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Alla luce di questa nettissima scelta legislativa, infatti, viene meno il controllo sulla flessibilità esercitato attraverso la verifica della sussistenza di ragioni oggettive legate alle esigenze dell'impresa e, di conseguenza, anche la verifica della temporaneità delle stesse. Come si ricorderà, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 368/2001, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si incentrò sul significato del richiamo alle esigenze tecniche, organizzative produttive e sostitutive di cui all'art. 1, comma 1 d.lgs. 368/2001 e sulla loro (ontologica) differenza rispetto alle esigenze poste alla base dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato. La conclusione, com'è noto, fu nel senso di ritenere che detta differenza dovesse essere intravista, non tanto nelle ragioni giustificative dell'assunzione che (a parte, forse, le esigenze sostitutive) non sono diverse per l'una o l'altra tipologia contrattuale, quanto nella temporaneità delle esigenze legittimanti l'apposizione del termine⁶.

Una simile interpretazione, ben presto condivisa anche dalla giurisprudenza⁷, era considerata tra l'altro l'unica idonea a salvare la disciplina legale dalla censura di mancata conformità con la direttiva co-

⁴ Sulla portata dell'innovazione legislativa, in generale, P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, Modena, 2014, pag. 109 e segg.; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 4, pag. 675 e segg.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 4/5, pag. 919 e segg.; L. MENGhini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, *ivi*, 2014, 6, pag. 1221 e segg.; M. BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, *ivi*, 2014, 3, pag. 566 e segg.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2014, 212; M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d. lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Modena, 2015.

⁵ C. ALESSI, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in corso di pubblicazione in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015.

⁶ V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, 3, pag. 361 e segg.

⁷ Da ultimo, Cass. 12 gennaio 2015, n. 208, in *Mass. Giust. Civ.*, 2015, voce *Lavoro subordinato (rapporto di)*.

munitaria, a mente della quale il contratto a tempo indeterminato rappresenta pur sempre la “*forma comune*” dei rapporti di lavoro. Oggi la salvezza del principio appena richiamato è affidata alla combinazione dei limiti numerici sopra ricordati, il che richiede un approccio decisamente diverso al tema della flessibilità.

La dottrina ha immediatamente segnalato che il nuovo sistema regolativo fa pensare che vi sia stata una sorta di ritorno alle previsioni dell’art. 2097 cod.civ.⁸, per il quale il contratto si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto. Nella nuova disciplina, infatti, venuto meno il riferimento alla presenza di ragioni giustificative, l’apposizione del termine è vincolata al solo rispetto di vincoli di forma e dei limiti numerici di cui si è detto. In verità, la disciplina è parzialmente diversa, dal momento che nel sistema disegnato dal legislatore non vi è spazio per alcuna verifica di tipo sostanziale circa la ricorrenza di una ragione oggettiva (salvo per alcuni specifici casi stabiliti dalla stessa legge, come si vedrà) né, tantomeno, per la specialità del rapporto, che implicava il riferimento a una esigenza di tipo organizzativo e/o produttivo.

Questa impostazione consegue *de plano* al passaggio, operato dal legislatore, dall’acausalità come eccezione all’acausalità come regola generale per l’apposizione del termine. Si tratta di un sistema in cui il datore di lavoro è sgravato dall’onere di provare l’esistenza delle ragioni organizzative/produttive di carattere temporaneo, che ha costituito l’oggetto principale del contenzioso in materia negli anni passati. Non c’è dubbio, peraltro, che proprio la riduzione delle controversie in materia fosse uno degli obiettivi del legislatore, insieme alla compressione della discrezionalità del giudice nella valutazione della legittimità dell’apposizione del termine.

Il risultato è la costruzione di un nuovo modello di flessibilità in cui la stessa definizione di “acausalità” non ha più senso, mancando il riferimento a un contratto a termine in cui la regola sia costituita dalla causalità.

Viene da chiedersi, a questo punto, se il contratto a tempo indeterminato rappresenti ancora la “*forma comune*” dei rapporti di lavoro, come continua solennemente a dichiarare l’art. 1, comma 1 d.lgs. 81/2015 e come afferma la dir. 99/70/CE.

⁸ V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, pag. 42 e segg.

2. I limiti all'apposizione del termine dopo il Jobs Act

2.1. La percentuale di contingentamento

Come si è visto, gli unici limiti all'apposizione del termine al contratto di lavoro dopo il d.l. 34/2014 sono di carattere numerico. Le previsioni in materia sono norme con le quali davvero occorrerà “fare i conti”, dal momento che la legittima apposizione del termine è vincolata al rispetto del limite massimo di durata (36 mesi), della percentuale di contingentamento (20%, salvo diversa previsione dei contratti collettivi) e del numero massimo di proroghe (5), limiti alla cui violazione corrispondono anche sanzioni diverse, in ragione della *ratio* che sorregge ciascuno di essi⁹. Dall'efficacia di questi limiti a contrastare gli abusi nel ricorso al contratto a termine e dalla dissuasività delle sanzioni, come si dirà, dipende la conformità del nostro sistema alla dir. 99/70/CE.

Il limite più rilevante per il soddisfacimento delle esigenze di flessibilità del datore di lavoro è quello legato alla percentuale di contingentamento. Si tratta di una tecnica non nuova al nostro diritto del lavoro, dal momento che fin dalla l. 56/1987 si è prevista la possibilità (per qualcuno, la necessità¹⁰) per la contrattazione collettiva di fissare la percentuale massima dei lavoratori a termine. Fino al d.l. 34/2014, tuttavia, la c.d. “quota di contingentamento” era utilizzata in combinazione con l'individuazione di specifiche ipotesi di apposizione del termine, di modo che il solo rispetto della percentuale non poteva far presumere, di per sé, la legittimità del ricorso al termine. Oggi, invece, il legislatore sceglie una tecnica diversa, alla luce della quale il rispetto della percentuale (combinato con quello della durata massima e delle proroghe) è sufficiente ad escludere l'illegittimità del ricorso al contratto a tempo determinato, così come, del resto, il superamento della percentuale comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge senza che vi sia spazio per l'accertamento dell'esistenza di una ragione tecnica, produttiva e organizzativa di carattere temporaneo.

⁹ Sulla *ratio* della disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato, S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in corso di pubblicazione in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015.

¹⁰ M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2002, pag. 90 e segg; L. MENGHINI, *op. cit.*, pag. 1230.

La percentuale del 20% si calcola sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione. Si tratta di una previsione già contenuta nel d.l. 34/2014, sul punto modificato però dalla legge di conversione 78/2014. L'art. 23, comma 1 d.lgs. 81/2015 precisa che nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento dell'assunzione. Come in precedenza, per i datori di lavoro che occupino fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un (in senso numerico) contratto a tempo indeterminato. In tal modo, anche per le piccole realtà produttive si garantisce una quota minima di flessibilità.

Quanto ai contratti che ricadono entro il limite del 20%, è opportuno ricordare che l'originaria previsione dell'art. 1, comma 1 d.lgs. 368/2001, come modificato dal d.l. 34/2014, aveva fatto pensare che nella suddetta percentuale ricadessero anche i contratti di somministrazione di lavoro, in virtù della non brillante formulazione della norma¹¹. La circolare ministeriale n. 18/2014 aveva, invece, precisato che i contratti di somministrazione di lavoro conclusi dal datore di lavoro non dovevano essere computati nella percentuale, così come dovevano considerarsi esclusi i contratti a termine stipulati dalle agenzie di somministrazione di lavoro. Ora la formulazione dell'art. 23 d.lgs. 81/2015 e la previsione di una specifica quota di contingentamento per la somministrazione (sia a termine sia a tempo determinato) esclude che si possa porre la prima questione, mentre la seconda è risolta alla radice dall'art. 34, comma 2 d.lgs. 81/2015 che, nell'individuare la disciplina applicabile al rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore, rinvia al titolo III del medesimo d.lgs., "*per quanto compatibile*", ma con esclusione espressa delle previsioni di cui agli artt. 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24. Questo fa sì che per la somministrazione l'unico argine rispetto agli abusi nella reiterazione dei contratti resti il limite numerico stabilito dalla contrattazione collettiva; per la specificità dell'attività delle agenzie di somministrazione, insomma, vige la regola (antitetica a quella prevista per gli altri datori di lavoro) dell'illimitata reiterabilità (e dunque dell'illimitata possibilità di stipulazione) di contratti a tempo determinato¹² (del resto, le agenzie sono sottratte anche alle previsioni

¹¹ L. MENGHINI, *op. cit.*, pag. 1238.

¹² Per la verità, in giurisprudenza si affacciano talvolta interpretazioni diverse, volte a ricondurre il rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore alla disciplina del lavoro a tempo determinato, anche con riguardo alla limitazione della durata dei contratti suc-

in materia di contratti a termine successivi e di proroghe). L'assenza di limiti di durata e di proroghe per la somministrazione farà sì che, una volta esaurite le possibilità di assumere a termine un lavoratore, il datore di lavoro possa ricorrere alla somministrazione con il medesimo lavoratore; in altre parole, la combinazione tra le due tipologie potrebbe far ritenere che l'assunzione a tempo indeterminato sia tutt'altro che la "forma comune" dei rapporti di lavoro¹³. Si tratta di un profilo piuttosto delicato di tensione con la normativa europea. È vero che per la somministrazione la dir. 2008/104/CE prevede limiti ancora più *soft* di quelli stabiliti per il termine dalla direttiva 99/70/CE¹⁴, ma è anche vero che attraverso una combinazione dei due strumenti si può raggiungere un risultato certamente lontano dagli obiettivi di contrasto agli abusi fissati dalle medesime direttive. il sapiente utilizzo

Tornando alla quota di contingentamento fissata dall'art. 23 d.lgs. 81/2015, occorre rilevare che sono escluse dal limite quantitativo, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, alcune ipotesi, che riproducono quelle già previste nel sistema precedente e che sono prevalentemente collegate a specifiche esigenze organizzative, produttive e sostitutive. Il riferimento è, anzitutto, ai rapporti di lavoro connessi alle fasi di avvio di nuova attività (lett. a), alle *start-up* innovative (lett. b), alle attività stagionali (lett. c), a specifici spettacoli o specifici programmi radiofonici o televisivi (lett. d), alla sostituzione di lavoratori assenti (lett. e) e alle esigenze temporanee collegate alla realizzazione

cessivi: in riferimento alla disciplina previgente, Trib. Brescia 12 agosto 2015, inedita a quanto consta.

¹³ Rileva la possibile contrarietà alla clausola antiabusiva della dir. 2008/104/CE della possibilità di reiterazione illimitata delle missioni con lo stesso lavoratore M. AMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in corso di pubblicazione in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, pag. 12 del dattiloscritto.

¹⁴ In effetti, la dir. 2008/104/CE si propone di favorire lo sviluppo di forme di lavoro flessibili e la creazione di posti di lavoro; in quest'ottica, il lavoro interinale/somministrazione di lavoro è considerato uno strumento di incremento dell'occupazione: M. AMO, *op. cit.*, pag. 12 e segg. del dattiloscritto; M.D. FERRARA, *La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1, pag. 111 e segg.; M. LAMBERTI, *Il lavoro tramite agenzia nell'evoluzione del diritto del lavoro italiano: dal divieto di interposizione alla somministrazione di lavoro*, in M. LAMBERTI, R. MERCURIO (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Normativa, organizzazioni e profili di tutela*, Torino, pag. 13 e segg.; F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE e al suo impatto sull'ordinamento interno*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2009, 72.

di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale, allorché i datori di lavoro siano istituti della cultura di appartenenza statale ovvero enti, pubblici e privati derivanti da trasformazione di precedenti enti pubblici, vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad esclusione delle fondazioni di produzione musicale (art. 23, comma 3, primo periodo d.lgs. 81/2015). In tutti questi casi, la mancanza dei presupposti oggettivi previsti dalla legge per l'esclusione dal limite quantitativo (ad es., un contratto stipulato per esigenze stagionali che si rivelano poi insussistenti) non comporta la conversione in contratto a tempo indeterminato, bensì il venire meno dell'esenzione dal computo del limite del 20%, il che potrebbe portare, in caso di superamento, all'applicazione delle sanzioni economiche previste dal quarto comma dell'art. 23 d.lgs. 81/2015, su cui si tornerà. Si tratta, anche in questo caso, di una delle conseguenze del mutamento di paradigma del sistema regolativo del contratto a termine di cui si è accennato: l'individuazione di ipotesi collegate a specifiche ragioni obiettive non implica che dette ragioni siano anche condizioni per la legittima apposizione del termine.

Qualche considerazione in più meritano le ipotesi legate a ragioni *lato sensu* soggettive, come l'assunzione a termine dei lavoratori ultracinquantenni (art. 23, comma 2, lett. f) d.lgs. 81/2015) e quella di lavoratori chiamati a svolgere attività di insegnamento o di ricerca (compresa l'assistenza tecnica e la direzione della ricerca) da parte di università private, istituti pubblici o enti privati di ricerca.

Nel primo caso, l'esclusione dal computo potrebbe considerarsi in violazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età, come si è già avuto modo di rilevare¹⁵. Per la seconda ipotesi, si può pensare che si tratti di un'esenzione legata alla particolarità dell'attività di ricerca e di insegnamento, che tuttavia penalizza una larga fascia di lavoratori del settore, tenuto conto anche del fatto che per questi ultimi la durata del contratto a termine può essere pari a quella del progetto di ricerca (e dunque superare il limite del triennio).

In linea generale, le numerose esclusioni dal computo della percentuale di contingentamento fanno concludere che il limite del 20% possa essere anche ampiamente superato, se si pone mente al fatto che le ragioni sostitutive sono tra le più utilizzate ai fini della stipulazione dei contratti a tempo determinato. Si tratta di un profilo rilevante ai fini della conformità del nostro sistema di regolazione del contratto a termine alle previsioni della dir. 99/70/CE, alla luce della giurisprudenza della

¹⁵ C. ALESSI, *Il sistema "acausale"...*, cit., pag. ~~10 del dattiloscritto~~.

Corte di giustizia che richiede, com'è noto, che le misure antiabusive siano tali da scoraggiare la stipulazione di contratti a termine in violazione dei limiti fissati dalla legge (si v. *infra*)

La previsione di portata più ampia, comunque, resta quella dell'art. 23, comma 1 d.lgs. 81/2015, che fa salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi. Si tratta di un'ipotesi, anche in questo caso non nuova nel nostro ordinamento, in cui la previsione legale opera in funzione suppletiva rispetto alla contrattazione collettiva: il limite del 20% interviene infatti solo ove la contrattazione collettiva non preveda nulla, oppure nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo. Si tratta cioè di un rinvio pieno alla fonte collettiva¹⁶, che potrà dunque fissare un limite più o meno ampio a seconda dei settori produttivi interessati, ma che non condiziona l'applicabilità della rinnovata disciplina del lavoro a tempo determinato, come avveniva in passato¹⁷. Il tenore della previsione fa pensare, quindi, che i contratti collettivi possano ~~prevedere~~ un limite diverso, più o meno elevato del 20%; in questo senso si esprime la circolare n. 18/2014 del Ministero del Lavoro individuare

Quanto al livello contrattuale interessato, alla luce della previsione dell'art. 51 d.lgs. 81/2015, si deve concludere che le clausole di contingentamento possono essere disciplinate a qualunque livello, purché il contratto collettivo sia stipulato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero da r.s.u. o r.s.a. che facciamo riferimento alle medesime associazioni. Su questo specifico profilo la nuova disciplina si discosta considerevolmente dalla previsione dell'art. 10, comma 7 d.lgs. 368/2001, che affidava ai soli contratti collettivi nazionali stipulati con i sindacati comparativamente più rappresentativi *“l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato”*¹⁸. Un simile ampliamento della possibilità di fissare la

¹⁶ Di rinvio “dinamico” parlano M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Modena, 2014, pag. 24.

¹⁷ Almeno per la dottrina che sosteneva che in assenza di previsione del contratto collettivo in ordine alla percentuale di contingentamento i datori di lavoro non potessero ricorrere al contratto a tempo determinato (gli Autori citati in nota 9).

¹⁸ Sul tenore della previsione, si consenta il rinvio a C. ALESSI, *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, cit., pag. 97 e segg.

soglia massima di utilizzo del contratto a tempo determinato sottrae al contratto nazionale la funzione di controllo della flessibilità che aveva mantenuto finora e, correlativamente, crea un sistema in cui risulta davvero difficile la verifica del rispetto del principale limite di ricorso al contratto a tempo determinato. Se alla quota di contingentamento, in altre parole, spetta una funzione analoga a quella in precedenza svolta dalle ragioni obiettive, cioè di presidiare, come è stato efficacemente detto, “*la precarietà generale*”¹⁹, l’affidamento alla contrattazione territoriale o aziendale della possibilità di fissare limiti diversi da quelli legali non pare coerente con questo quadro, perché il risultato può essere una regolazione a macchia di leopardo, in cui il tasso di flessibilità può essere diverso da impresa a impresa, anche sullo stesso territorio. È vero che ~~anche~~ la disciplina precedente consentiva la fissazione di tetti percentuali “*anche in misura non uniforme*”, ma pur sempre nel quadro della regolazione ~~il~~ livello nazionale. Anche da questo punto di | di vista, dunque, si potrebbe porre un problema di conformità con la dir. 99/70/CE, in particolare circa l’effettività dei limiti alla stipulazione di contratti a tempo determinato. Sul punto si tornerà più avanti.

Quel che è certo è che la previsione in parola rende sostanzialmente inutile il ricorso al famigerato art. 8 l. 148/2011, per la deroga alla quota di contingentamento. Com’è noto, infatti, i c.d. “*contratti di prossimità*” possono derogare, ai sensi della lett. c del comma 1 dell’art. 8 l. 148/2011, alla disciplina dei contratti a termine e delle altre tipologie flessibili di contratti di lavoro²⁰, alle condizioni ivi indicate. Prima del d.lgs. 81/2015, in verità, si poteva porre qualche dubbio sulla stessa possibilità di intervenire sul punto per i contratti di prossimità²¹, mentre si considerava derogabile il limite massimo di durata di 36 mesi e la durata degli intervalli tra contratti a termine successivi. Del resto, proprio questi ultimi aspetti hanno costituito oggetto dei contratti aziendali stipulati ex art. 8 nella materia *de qua*. Oggi, il rinvio legale ai contratti collettivi senza altra specificazione fa sì che qualunque contratto aziendale, sia pure stipulato da soggetti rappresentativi, possa derogare ai

¹⁹ S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, pag. ~~6 del dattiloscritto~~. Ai limiti di durata è invece affidato, sempre secondo l’A., il compito di limitare la precarietà individuale. — 614 ss.

²⁰ L. MENGHINI, *Contratti a termine*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, 2012, pag. 433 e segg.

²¹ C. ALESSI, *La difficile convivenza...*, cit., pag. 98 e segg.; A. PRETEROTI, *La violazione dei limiti quantitativi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Torino, 2014, pag. 64 e segg.

limiti percentuali e di durata, con ciò mettendo seriamente in dubbio la tenuta delle misure antiabusive stabilite dalla legge e rilevanti ai fini della conformità, come si è visto, con la direttiva europea.

2.2. I limiti di durata e la nuova disciplina della proroga

Come si è visto, le limitazioni alla stipulazione del contratto a termine sono di tipo esclusivamente numerico. Il rispetto del principio della “normalità” del contratto a tempo indeterminato è affidato alla combinazione dei limiti di 36 (mesi), 20 (%) e 5 (numero massimo di proroghe).

L'art. 19, comma 1 del decreto in commento fissa la durata massima del contratto a termine in 36 mesi. Questo limite, è bene precisarlo, riguarda la durata del singolo contratto tra un datore e un ~~dato~~ lavoratore, ma non esaurisce la durata totale dei contratti a termine stipulabili tra le medesime parti. X

In primo luogo, il limite di durata di 36 mesi è fissato inderogabilmente solo per il primo contratto a termine, mentre per la durata complessiva dei contratti a termine successivi tra le stesse parti detto limite può essere superato dai contratti collettivi, ~~secondo la disposizione del~~ secondo comma del medesimo articolo. Per questo profilo, valgono le considerazioni appena svolte in relazione al tetto di contingentamento circa il livello contrattuale interessato e il rilievo dell'art. 8 l. 148/2011. Restano escluse, come sempre, le attività stagionali tuttora individuate dal D.P.R. 1525/1963, almeno fino all'adozione del decreto del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali previsto dall'art. 21, comma 2 d.lgs. 81/2015.

come stabilisce
il

In secondo luogo, la durata di 36 mesi non costituisce affatto un limite generale alla conclusione di contratti a tempo determinato tra le medesime parti, dal momento che esso si riferisce ai contratti a termine successivi stipulati per lo svolgimento di mansioni “di pari livello e categoria legale”, secondo la nuova formulazione dell'art. 2013 cod. civ.²². Così, nulla vieta che ad un contratto a termine di 36 mesi per lo svolgimento di mansioni inquadrato in un certo livello e categoria legale faccia seguito un contratto a termine di 36 mesi per mansioni diversamente inquadrato, e così via. In dottrina, ~~e' stato un tentativo di sostenere~~, in relazione alla previsione dell'art. 1, comma 1 d.lgs. || X

si è sostenuto

²² E. GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in *Quest'Opera*.

368/2001, dopo la modifica di cui al d.l. 34/2014, che il limite di 36 mesi sia un limite generale²³, come avviene in altri ordinamenti²⁴, ma ~~pare~~ si tratta decisamente di una forzatura rispetto alla lettera della legge. Nel computo di tale periodo, come in passato, si deve tener conto anche delle missioni svolte per mansioni di pari livello e categoria legale nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato. Ciò significa, come è stato chiarito dalla dottrina e dall'interpretazione amministrativa, che una volta superato il limite di 36 mesi per effetto della combinazione di contratti a termine e di missioni non potranno più essere stipulati ulteriori contratti a termine, ma si potrà continuare a utilizzare la prestazione del lavoratore nel quadro di un contratto di somministrazione a tempo determinato.

Per quanto riguarda la durata massima del *singolo* contratto a termine, il legislatore fissa un limite di 36 mesi che, nel vigore della disciplina precedente, la dottrina riteneva potesse essere superato proprio nell'ambito del singolo rapporto contrattuale. La lettera dell'art. 21, comma 1 d.lgs. 81/2015, invece, non consente di riproporre la medesima interpretazione. Il limite può essere superato, oltre che attraverso la procedura presso la Direzione Territoriale del Lavoro di cui al comma 3 dell'art. 21 d.lgs. 81/2015²⁵, anche in alcune ipotesi specifiche previste dalla legge, come nel caso dei dirigenti e dei contratti stipulati ai sensi della l. 30 dicembre 2010, n. 240 (art. 29, comma 2 d.lgs. 81/2015).

L'art. 21, comma 1 d.lgs. 81/2015 prevede che il termine possa essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a 36 mesi. In coerenza con la scelta legislativa, la legittimità della proroga non dipende dal riferimento a ragioni oggettive, come avveniva nel vigore dell'art. 4 d.lgs. 368/2001 (prima del d.l. 34/2014). Viene meno altresì, nella nuova formulazione dell'art. 21 d.lgs. 81/2015, il requisito della svolgimento della medesima attività

²³ P. ALBI, *Le modifiche...*, cit., pag. 121 e segg.

²⁴ Per esempio nel sistema spagnolo: M. BIASI, *La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle novità in Italia*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2014, 3, pag. 763 e segg.

²⁵ Come in passato, la disposizione consente la stipula di un ulteriore contratto a termine della durata massima di 12 mesi presso la Direzione Territoriale del lavoro. Tuttavia, a differenza di quanto stabiliva l'art. 4, comma 4-*bis* d.lgs. 368/2001, non è più richiesta l'assistenza del lavoratore da parte di un rappresentante sindacale, né la previa determinazione della durata massima del contratto da parte di avvisi comuni stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

lavorativa, che costituiva in passato uno dei limiti di legittimità della proroga. Quest'ultima modifica, tuttavia, risulta meno comprensibile; è vero che l'irrelevanza delle ragioni oggettive ai fini della stipula del contratto fa venire meno l'esigenza di collegare anche la proroga alle stesse ragioni, ma è anche vero che la natura della proroga richiede che vi sia il proseguimento della medesima attività o, quantomeno, che l'eventuale modifica delle mansioni del lavoratore si mantenga nell'ambito dello stesso livello e categoria legale di quelle inizialmente concordate. Diversamente, si potrebbero porre questioni di computo di periodi diversi ai fini del superamento del tetto di 36 mesi complessivi e, in qualche caso, si potrebbe configurare addirittura un'ipotesi di frode alla legge. Si pensi al caso di un lavoratore già assunto ripetutamente per lo svolgimento della medesima attività che venga poi assunto per mansioni di diverso livello e categoria, ma poi adibito alle mansioni precedenti in forza dell'esercizio dello *jus variandi* (*in pejus*, ricorrendone le condizioni, o *in melius*) per evitare il superamento del limite di 36 mesi. L'osservazione, a dire il vero, vale non solo per il caso in cui la modifica delle mansioni consegua alla proroga, ma anche qualora essa intervenga in qualunque altro momento durante lo svolgimento del rapporto di lavoro a termine. In queste ipotesi, si dovrebbe concludere che i periodi di lavoro svolti in esecuzione delle medesime mansioni vadano sommati tra di loro ai fini della verifica del superamento del tetto di 36 mesi, con possibile conversione in contratto a tempo indeterminato.

L'art. 21, comma 1 d.lgs. 81/2015 stabilisce inoltre che le proroghe sono ammesse fino a un massimo di 5 volte, nell'arco di trentasei mesi "*indipendentemente dal numero dei rinnovi*". Si tratta di una disposizione già contenuta nell'art. 4 d.lgs. 368/2001, come modificato dal d.l. 34/2014, sia pure con una formulazione lievemente diversa²⁶. Ciò significa, come è stato subito sostenuto in dottrina, che il numero di 5 proroghe si riferisce ai contratti a termine stipulati dalle medesime parti per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria. Da questo punto di vista, la previsione è, a ben guardare, più limitativa di quella originaria, che fissava il limite di una proroga per ogni contratto a termi-

²⁶ L'art. 4 precisava che le proroghe potevano intervenire, fino a un massimo di 5 volte *nell'arco dei complessivi 36 mesi*, indipendentemente dal numero dei rinnovi. La nuova dizione in verità vieta di concordare 5 proroghe "*nell'arco di 36 mesi*", a prescindere dal numero dei contratti. A voler essere pignoli, adottando un'interpretazione letterale si potrebbe pensare che il datore di lavoro abbia a disposizione 5 proroghe ogni 36 mesi; la conclusione sarebbe in effetti azzardata, dovendosi invece guardare alla *ratio* della previsione.

ne ma non ne fissava uno complessivo per la totalità dei contratti aventi ad oggetto mansioni equivalenti.

Per quanto riguarda la forma, l'art. 21 d.lgs. 81/2015 non risolve l'annosa questione relativa alla necessità o meno dell'atto scritto per la legittimità della proroga²⁷. Com'è noto, la giurisprudenza in materia si è divisa tra chi richiedeva la forma scritta *ad substantiam*²⁸ e chi riteneva invece sufficiente il consenso espresso anche per fatti concludenti²⁹. Quest'ultima soluzione sembra oggi ricavarci, *a contrario*, dal confronto con la disciplina della somministrazione di lavoro a termine, per la quale l'art. 34, comma 2 d.lgs. 81/2015, dopo aver escluso l'applicazione dell'art. 21 d.lgs. 81/2015, prevede espressamente per la proroga la necessità dell'atto scritto e del consenso del lavoratore.

2.3. Altre disposizioni

La previsione in materia di prosecuzione del contratto oltre la scadenza del termine non subisce particolari modifiche. L'art. 22, comma 1 d.lgs. 81/2015, riprende le maggiorazioni retributive (del 20% per i primi dieci giorni e del 40% per quelli successivi) già stabilite dall'art. 5, comma 1 d.lgs. 368/2001 per la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la scadenza inizialmente fissata o successivamente prorogata. L'unica precisazione di rilievo è quella per cui la prosecuzione può avvenire "*fermi i limiti di durata massima di cui all'art. 19*". La prosecuzione, dunque, non può avvenire oltre il limite di durata massima del primo contratto o dei contratti successivi, pena la trasformazione in contratto a tempo indeterminato. Immutati restano anche i limiti di 30 e di 50 giorni per la prosecuzione del rapporto di lavoro, a seconda che il primo contratto sia di durata inferiore ovvero pari o superiore a sei mesi. Il superamento di detti termini conduce, com'è noto, alla conversione in contratto a tempo indeterminato "*dalla scadenza dei predetti termini*".

²⁷ V. NUZZO, *La durata dei contratti a termine*, in R. DE PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, pag. 203 e segg.

²⁸ Cass. 14 luglio 2007, n. 16017, in *Guida Dir.*, 2006, 37, pag. 81.

²⁹ Cass. 24 gennaio 2008, n. 1569, che precisa che "*il consenso del lavoratore alla proroga...va verificato al momento della scadenza del termine originariamente pattuito, senza che occorra, per la validità ed efficacia del consenso stesso, la forma scritta, bastando fatti concludenti ben ravvisabili nella pacifica prosecuzione dell'attività lavorativa da parte del dipendente senza alcuna manifestazione di dissenso*".

Un'innovazione, peraltro già introdotta dal d.l. 34/2014, riguarda il diritto di precedenza delle lavoratrici che, durante l'esecuzione di un contratto a termine, abbiano usufruito del congedo di maternità. In questo caso l'art. 24, comma 2 d.lgs. 81/2015 stabilisce che il congedo contribuisce a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al comma 1 del medesimo articolo. Questa previsione costituisce applicazione del principio per il quale il congedo di maternità deve essere considerato attività lavorativa "*a tutti gli effetti*", compresi ad esempio quelli collegati all'anzianità di servizio. Per le lavoratrici madri che si trovino in questa situazione, inoltre, il diritto di precedenza è riconosciuto anche rispetto alle assunzioni a tempo determinato (e non solo rispetto a quelle a tempo indeterminato), effettuate dal datore di lavoro nell'arco dei 12 mesi successivi alla scadenza del contratto a termine.

Resta tuttora aperto il problema delle conseguenze della violazione del diritto di precedenza, sul quale il legislatore non si pronuncia. Una simile omissione va letta in connessione con la scomparsa della specifica sanzione per la violazione del diritto di precedenza dei lavoratori a tempo parziale, prevista dall'art. 8, comma 3 d.lgs. 61/2000, abrogato espressamente dall'art. 55, comma 1, lett. a) d.lgs. 81/2015³⁰ ed è indicativa della volontà di sgravare le violazioni "minori" da sanzioni prestabilite dalla legge. Ciò non significa, tuttavia, che la violazione del diritto di precedenza non debba essere sanzionata: la giurisprudenza maggioritaria, com'è noto, continua ad escludere la costituzione autoritativa del rapporto di lavoro³¹ ma riconosce al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, calcolato secondo parametri affidati al prudente apprezzamento del giudice³².

3. Le novità in materia di sanzioni

Uno dei punti più delicati della riforma del contratto a termine è rappresentato dal sistema delle sanzioni volte a presidiare l'osservanza della disciplina, dal momento che le sanzioni costituiscono, come si vedrà, un elemento determinante per la valutazione della conformità del nostro

³⁰ C. FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, in R. DE PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, pag. 316 e segg.

³¹ C. FALERI, *op. cit.*, pag. 310 e segg.

³² Cass. 14 maggio 2010, n. 11737, nel caso del lavoro stagionale, commisura il risarcimento del danno alla retribuzione che sarebbe stata corrisposta al lavoratore ove fosse stato rispettato il diritto di precedenza.

ordinamento alla dir. 99/70/CE. Da questo punto di vista, è opportuno ricordare che, secondo la Corte di Giustizia, le sanzioni devono essere efficaci e dissuasive, tali cioè da indurre il datore di lavoro ad osservare la disciplina, in particolare le norme antiabusive³³.

Il passaggio dal sistema causale al sistema numerico ha comportato anche una rilevante modifica del sistema sanzionatorio, cioè l'abbandono della trasformazione in contratto a tempo indeterminato come sanzione unica per la violazione dei limiti legali all'apposizione del termine al contratto di lavoro³⁴. In passato, com'è noto, la trasformazione conseguiva tanto all'accertamento dell'assenza della causale giustificativa (per la quale, peraltro, non era espressamente prevista dalla legge), quanto al superamento dei tetti di durata stabiliti dalla legge³⁵.

Oggi il sistema è più articolato. Anzitutto, la violazione del limite percentuale (sia legale che contrattuale) comporta, ai sensi dell'art. 23, comma 4 d.lgs. 81/2015, l'applicazione di sanzioni amministrative commisurate al 20% o al 50% della retribuzione (a seconda del numero dei lavoratori assunti in violazione del limite) per ciascun mese (o frazione di mese di durata superiore a 15 gg.). La previsione riproduce quella dell'art. 5, comma 4-*septies* d.lgs. 368/2001 (modificata dal d.l. 34/2014), con due significative novità: in primo luogo, la norma non stabilisce più quale sia la destinazione delle somme così introitate dallo Stato, che fino alla modifica dovevano essere versate al Fondo sociale per occupazione e formazione. In secondo luogo, la norma precisa espressamente che la sanzione esclude "*la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato*" che la dottrina e la (scarna) giurisprudenza precedenti avevano nella maggior parte dei casi ricondotto al superamento della quota di contingentamento³⁶, pur nel silenzio della legge³⁷.

³³ Per le sanzioni intese a garantire l'osservanza del diritto europeo, la Corte di giustizia da tempo ha adottato la dottrina c.d. "effetto utile": M. AIMO, *La nuova disciplina...*, cit., pag. 10 del dattiloscritto; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. DE PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, pag. 17 e segg.

³⁴ V. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, pag. 7 e segg.

³⁵ M.L. VALLAURI, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, pag. 323 e segg.

³⁶ Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 4, pag. 1132, con nota di E. MASTINU; M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva...*, cit., pag. 96 e segg.; M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. Dir.*, 2006, 2/3, pag. 475 e segg.; *contra*, A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pag. 117 e segg.

³⁷ Anche nella versione dell'art. 5, comma 4-*septies* d.lgs. 368/2001, inserito dal d.l. 34/2014, non si faceva cenno alla conversione, che però la dottrina aveva ritenuto

Una simile soluzione si spiega solo se si accetta la ricostruzione della dottrina che sottolinea come la differente sanzione prevista per il superamento del tetto di contingentamento rispetto a quella stabilita per il superamento dei limiti di durata risponde alla differente funzione che la legge assegna ai due limiti: l'uno (il tetto di contingentamento) pone un argine alla “*precarietà generale*”, l'altro alla precarietà relativa al singolo lavoratore³⁸. Resta il fatto, comunque, che la previsione che deve considerarsi, come si è cercato di spiegare, l'equivalente funzionale, nel nuovo sistema, della causale giustificativa ai fini dell'apposizione del termine è assistita solo da una sanzione amministrativa, che non va dunque a vantaggio del lavoratore e che presuppone un accertamento ispettivo. Si tratta di uno dei casi in cui la legge mostra di voler mantenere intatte le scelte organizzative delle imprese pur rendendole più gravose economicamente. Una soluzione diversa, peraltro, è accolta per la somministrazione di lavoro, là dove il superamento dei tetti percentuali stabiliti dai contratti collettivi conduce alla conversione del rapporto di lavoro. In quest'ultimo caso, però, il diverso trattamento si giustifica in ragione del fatto che l'unico limite per il ricorso alla somministrazione di lavoro è proprio il rispetto della quota di contingentamento³⁹.

La trasformazione in contratto a tempo indeterminato resta ferma invece per il superamento dei limiti di durata complessiva dei rapporti di lavoro a termine, per l'inosservanza degli intervalli minimi tra contratti a termine successivi e per le violazioni della disciplina della proroga. In questi casi, come in passato, viene tutelato l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro.

4. La conformità alla direttiva 99/70/CE

La nuova disciplina del lavoro a tempo determinato ha sollevato subito, in dottrina, numerose perplessità sulla sua conformità alla dir. 99/70/CE, non tanto per la generalizzazione dell'acausalità, certamente consentita dalla direttiva alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁰, quanto perché l'abbandono della tecnica legata alle causali

applicabile anche all'ipotesi di superamento del tetto percentuale: P. ALBI, *Le modifiche...*, cit., pag. 130 e segg.

³⁸ S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, pag. 10 del dattiloscritto.

³⁹ C. ALESSI, *Il sistema acausale...*, cit., pag. 7 del dattiloscritto.

⁴⁰ M. AIMO, *op. cit.*, pag. 10 del dattiloscritto; C.d.G. 3 luglio 2014, C-362/13, *Fiamingo*, in *Foro It.*, 2014, IV, col. 277.

giustificative avrebbe fatto venir meno il principio della eccezionalità dell'apposizione del termine. Secondo alcuni autori⁴¹, al contrario, il principio resterebbe fermo proprio per l'esistenza in ogni caso dei limiti numerici stabiliti dalla legge, che non rendono del tutto fungibili le due tipologie contrattuali.

La complessità della questione meriterebbe una risposta più articolata di quella che è possibile fornire in questa sede; si cercherà di indicare, tuttavia, alcune linee di riferimento. La nuova disciplina del contratto a termine rinuncia al controllo di merito sull'utilizzo della flessibilità, dal momento che, una volta rispettati i limiti numerici fissati dalla legge, per il datore di lavoro è del tutto indifferente il ricorso al termine o al contratto a tempo indeterminato. Il modello numerico, insomma, si fonda sull'idea che una certa dose di flessibilità sia funzionale alle esigenze dell'impresa⁴², cosicché nell'ambito della quota di contingentamento vige una sorta di presunzione assoluta di legittimità dell'apposizione del termine. Come si capisce, la tecnica di contrasto agli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato è completamente diversa da quella precedente, proprio perché il giudice dovrà limitarsi a verificare il rispetto dei limiti numerici e a sanzionarne il superamento⁴³, senza poter valutare discrezionalmente la rispondenza del ricorso al termine a effettive esigenze dell'impresa.

Detto questo, occorre ora chiedersi se la nuova disciplina del contratto a termine possa essere considerata non conforme alla direttiva europea. Sul punto la dottrina è divisa; tuttavia, la lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di contratto a termine non fa presagire una pronuncia di condanna, se la questione le verrà posta.

Non è possibile, come si è detto, scendere nel dettaglio. Si può però ricordare che nelle sentenze relative agli abusi nella reiterazione dei contratti a tempo determinato, la Corte, dopo aver affermato che la stabilità del rapporto di lavoro è un principio portante della tutela dei lavoratori, ha anche sottolineato che spetta ai singoli Stati membri stabilire in che modo attuare questa previsione⁴⁴. In particolare, con riguardo alle misure volte a reprimere gli abusi nella reiterazione dei contratti a

⁴¹ M. MAGNANI, *op. cit.*, pag. 6 e segg.

⁴² A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Padova, 2013, pag. 98 e segg.

⁴³ Sul mutamento del controllo giudiziale, C. ALESSI, *Il sistema "acausale"...*, cit., pag. 8 e segg.

⁴⁴ Di recente, C.d.G. 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*, in *Foro It.*, 2015, IV, col. 430.

tempo determinato, la Corte di Giustizia ha più volte sottolineato che l'individuazione di ragioni oggettive è solo una delle misure antiabusive, le altre essendo legate alla fissazione di una durata massima dei contratti a termine reiterati e/o al numero massimo di rinnovi, ovvero a misure di carattere equivalente⁴⁵, tra le quali potrebbe rientrare anche la fissazione della percentuale di contingentamento.

Sotto questo profilo, dunque, non paiono porsi particolari problemi. Un aspetto che deve essere attentamente considerato, invece, riguarda l'effettività e la dissuasività delle misure antiabusive adottate dal nostro ordinamento. La questione non riguarda tanto la limitazione della sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato alla violazione dei soli limiti di durata complessiva del contratto a termine, dal momento che la Corte ha spesso dichiarato che la direttiva non impone affatto di adottare, quale misura sanzionatoria, la conversione del contratto (che peraltro nel nostro caso resta). Il punto più delicato riguarda la tenuta complessiva dei limiti individuati dalla legge e la loro idoneità ad evitare che il contratto a termine sia utilizzato in alternativa al contratto di lavoro a tempo indeterminato, alla luce del principio dell'effetto utile, come la Corte ha sottolineato più volte⁴⁶. In questa valutazione, occorre considerare che tutti i limiti (di durata, di numero di proroghe, di numero complessivo di contratti a termine) sono derogabili da parte della contrattazione collettiva di qualsivoglia livello, con il risultato che l'efficacia delle misure così introdotte appare difficilmente controllabile⁴⁷. Se a ciò si aggiunge che i limiti apparentemente inderogabili (come il tetto dei 36 mesi per il singolo contratto a termine) possono essere superati da un contratto aziendale stipulato ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011, il quadro appare ancora più complesso. ~~A ciò si aggiunge che~~ Si deve, infine, considerare alcune significative ipotesi sono escluse dal computo della percentuale di contingentamento, come si è visto, e che alcune fattispecie (tra cui il caso delle supplenze della scuola, sul quale la Corte si è già pronunciata) sono sottratte del tutto all'applicazione della nuova disciplina, ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 81/2015.

La nuova disciplina del lavoro a tempo determinato potrebbe essere valutata anche alla luce della violazione della clausola di non regresso,

⁴⁵ L. CORAZZA, *op. cit.*, pag. 11 e segg.; D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, Relazione tenuta il 14 giugno 2012 presso la Suprema Corte di Cassazione, www.europeanrights.eu, pag. 4 e segg.; P. SARACINI, *op. cit.*, pag. 75 e segg.

⁴⁶ M. AIMO, *op. cit.*, pag. 7 e segg. del dattiloscritto.

⁴⁷ M. AIMO, *op. cit.*, pag. 9 del dattiloscritto.

che pure la Corte di giustizia ha dimostrato, nel tempo di usare con estrema parsimonia, per non dire con il contagocce. In questo caso, infatti, non c'è dubbio che le modifiche introdotte riguardino la materia oggetto della direttiva comunitaria (sebbene introdotte con una legge diversa da quella di attuazione della direttiva stessa) e che la disciplina così modificata abbia una portata generalizzata (questo è uno degli aspetti più spesso considerati per escludere la violazione della clausola). Il punto sul quale occorre riflettere, però, è che non necessariamente le previsioni del *Jobs Act* devono essere considerate una riduzione del livello generale di tutela dei lavoratori. Da un certo punto di vista, si potrebbe anzi ritenere che, proprio perché il limite percentuale prescinde totalmente dalle esigenze dell'impresa, detto limite sia più stringente della previsione della causale giustificativa, che avrebbe consentito anche il superamento del tetto del 20% (certo, in assenza di previsioni in materia dei contratti collettivi). In definitiva, alla luce delle considerazioni ora svolte pare assai difficile che la Corte censuri la disciplina del contratto a tempo determinato così come rivisitata dal d.lgs. 81/2015; occorre allora accostarsi all'interpretazione di questa disciplina con un atteggiamento diverso, che legga la novità legislativa cercando di inserirla nel sistema complessivo del diritto del lavoro che si va formando in questi ultimi mesi, come si è cercato di fare in queste pagine.